



DELIBERA N. 47

2 febbraio 2022

Oggetto istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da [OMISSIS] – Procedura per l'affidamento lavori di adeguamento impiantistico strutturale per ambulatori di chirurgia nelle ex sale parte per potenziamento del dav service chirurgico: Richiesta non impegnativa di preventivo per affidamento incarico professionale di direttore dei lavori e di coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione (euro 49.087,53). Importo a base di gara euro: 529.176,04. S.A.: IRCCS De Bellis. PREC 239/21/S

Riferimenti normativi

Art. 1, comma 3, d.l. 76/2020;

Art. 97, comma 8, d.lgs. 50/2016 e s.m.i

Parole chiave

Esclusione automatica delle offerte anomale

Massima

L'obbligo di procedere all'esclusione automatica (così come introdotto dal d.l. n. 32/2019, il c.d. "Sbloccacantieri") sorge in presenza delle condizioni previste dalla norma (valore sotto soglia, criterio del minor prezzo, carattere non transfrontaliero dell'appalto e numero di offerte ammesse almeno pari a dieci) e che il legislatore richiede che la stazione renda noto ai potenziali partecipanti l'insorgenza dell'obbligo stesso (ovvero che procederà all'esclusione automatica), a fronte della sussistenza di dette condizioni. In particolare, la previsione dell'esclusione automatica deve essere oggetto di valutazione preventiva da parte della stazione appaltante in conformità ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 2 febbraio 2022



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot.n. 88021 del 7.12.2021 presentata [OMISSIS]relativamente alla richiesta di preventivi per l'affidamento dell'incarico professionale di direttore dei lavori e di coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione per i lavori di adeguamento impiantistico strutturale per ambulatori di chirurgia nelle ex sale parte per potenziamento del dav service chirurgico dell'IRCCS De Bellis;

VISTE in particolare le censure sollevate da parte istante in ordine alla presunta illegittima proposta di aggiudicazione in favore di altro concorrente sulla base della violazione/mancata applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte oltre la soglia dell'anomalia, così come previsto dall'art.1, comma 3, D.L. 76/2020;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 21.12.2021;

VISTA la memoria inoltrata dalla stazione appaltante con la quale la stessa ribadisce la correttezza dell'operato posto in essere precisando di non avere attivato un affidamento diretto "puro", richiedendo mediante piattaforma telematica EmPulia, preventivi a diversi operatori economici (n.17) al fine di aggiudicare l'offerta migliore al prezzo più basso, con successiva ammissione di n. 9 operatori. Contesta, perciò, le censure avanzate da parte istante evidenziando che *"la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara con l'obbligo di prevedere il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, né abilità i soggetti che non risultino aggiudicatari a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione in merito alle scelte adottate. L'eventuale richiesta di preventivi e le modalità attraverso cui addivenire all'individuazione del contraente diretto rientrano nella discrezionalità della stazione appaltante"*.

VISTE le ulteriori memorie rese dall'operatore istante in replica alle deduzioni formulate dalla stazione appaltante con le quali rappresenta come l'applicazione del criterio del prezzo più basso sia incompatibile con l'affidamento diretto che non prevede alcuna competizione tra gli operatori né alcun criterio di aggiudicazione.

CONSIDERATO in generale che l'art. 1, comma 1 del decreto legge n. 76/2020, convertito, con modificazioni, in legge n. 120/2020 (recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali"-c.d. Decreto Semplificazioni) dispone che *«Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023»* e che il comma 2 stabilisce che *«[...] le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:*

- a) *affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro [...];*
- b) *procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di*



progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro [...];

CONSIDERATO, altresì, che l'art. 1, comma 3 del medesimo decreto prevede che «*Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b), le stazioni appaltanti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso. Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque*»;

RILEVATO che dagli atti depositati emerge che la stazione appaltante nella propria determina a contrarre abbia indicato l'attivazione di una procedura telematica ai sensi dell'art. 1, comma 2 lett. a) della legge 11 settembre 2020, n. 120 con richiesta non impegnativa di preventivo, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta al prezzo più basso ex art. 95, comma 4, lett. b) d.lgs. 50/2016 e s.m.i. in deroga all'art. 36, comma 2 e art. 157, comma 2 d.lgs. 50/2016.

CONSIDERATO che, preliminarmente, alla luce delle disposizioni sopra menzionate, così come richiamate nella determina a contrarre e nella lettera di invito, le stesse sembrano condurre a ritenere che la procedura effettivamente posta in essere, da parte dell'Amministrazione non appare tanto quella di un affidamento diretto "puro", come peraltro riconosciuto dalla stessa amministrazione, quanto piuttosto quello previsto dall'art. 36, comma 2, lett. b) d.lgs. 50/2016 e s.m.i. qualificabile come "mediato" in presenza di un confronto comparativo anche attraverso criteri di aggiudicazione (minor prezzo/ miglior rapporto qualità-prezzo) predeterminati nella lettera di invito.

CONSIDERATO in generale che, con riferimento all'applicabilità del d.l. n. 76/2020, l'Autorità ha già avuto modo più volte di osservare che, dal combinato disposto dell'art. 65 e dell'art. 1, comma 1 del d.l. n. 76/2020, si evince che la previsione di cui al comma 3 dell'art. 1, che estende l'applicabilità del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di cinque offerenti (in luogo di dieci, di cui all'art. 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016), si applica agli affidamenti diretti (ex art. 1, comma 2, lett. a del d.l.) e/o alle procedure negoziate (ex art. 1, comma 2, lett. b del d.l.) la cui determina a contrarre o atto equivalente è stata adottata dopo la data di entrata in vigore del d.l. n. 76/2020 (17 luglio 2020) e fino al 31 dicembre 2021 (ora 2023) (Parere di precontenzioso n. 840 del 21 ottobre 2020);

CONSIDERATO, altresì che, con riferimento all'ampiezza della deroga al comma 8 dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 disposta dall'art. 1, comma 3, terzo periodo, d.l. n. 76/2020, l'Autorità ha già avuto occasione di osservare che essa va interpretata alla luce della necessaria compatibilità della normativa nazionale con quella eurounitaria, per cui essa deve ritenersi circoscritta alla deroga espressa del numero minimo di offerte ammesse (che passa da dieci a cinque), dovendosi per il resto ritenere applicabile la disciplina dettata dall'art. 97, comma 8, ivi compresa la necessità di rendere nota l'insorgenza dell'obbligo di procedere all'esclusione automatica a fronte del carattere non transfrontaliero dell'appalto (Parere di precontenzioso n. 797 del 14 ottobre 2020 e Parere di Precontenzioso n. 838 del 21 ottobre 2020; PREC-DIR 29/21 e PREC-DIR 49/21);

RILEVATO che tale approdo interpretativo poggia sulla considerazione che l'obbligo di procedere all'esclusione automatica (introdotto dal d.l. n. 32/2019, il c.d. "Sbloccacantieri") sorge in presenza delle condizioni previste dalla norma (valore sotto soglia, criterio del minor prezzo, carattere non transfrontaliero dell'appalto e numero di offerte ammesse almeno pari a dieci) e che il legislatore richiede che la stazione renda noto ai potenziali partecipanti l'insorgenza dell'obbligo stesso (ovvero che



procederà all'esclusione automatica), a fronte della sussistenza di dette condizioni. In particolare, deve essere oggetto di valutazione preventiva da parte della stazione appaltante in conformità ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia (Cfr Linee guida n. 4 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"), il presupposto dell'assenza del carattere transfrontaliero dell'appalto, introdotto dal legislatore nazionale con il d.l. n. 32/2019 per "risolvere la procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia a seguito della lettera di costituzione in mora n. 2018/2273» (Relazione illustrativa per la conversione in legge del decreto-legge 18 aprile 2019 n. 32) con la quale la Commissione europea aveva evidenziato l'incompatibilità dell'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 con le disposizioni UE. Tale valutazione va fatta in via preventiva e dell'esito di essa la stazione appaltante deve a dare conto nella documentazione di gara (Parere di Precontenzioso n. 838 del 21 ottobre 2020).

CONSIDERATO, ulteriormente, che una recente pronuncia del TAR Puglia Lecce, 22 gennaio 2021, n. 113, ha del pari ritenuto che anche sotto il vigore del d.l. n. 76/2020 l'automatismo dell'esclusione debba essere previsto nella documentazione di gara, in virtù dell'obbligo di trasparenza, che implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione.

RILEVATO comunque che con specifico riferimento alla esclusione automatica delle offerte anomale la norma di cui all'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 dispone che: «Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci»;

RITENUTO che, nel caso di specie per come è stata definita la procedura di aggiudicazione dell'incarico professionale di direttore dei lavori e di coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, la stazione appaltante, secondo le indicazioni normative sopra richiamata, per poter applicare correttamente l'istituto dell'esclusione automatica delle offerte avrebbe dovuto prevederla comunque negli atti della gara,

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato posto in essere dalla stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 febbraio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente l'8 febbraio 2022